



מר אמיר אלשטיין
יו"ר הוועד המנהל
מר יוחנן פלסנר
נשיא

מר ברנרד מרכוס
יו"ר בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר
יו"ר המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ
יו"ר של כבוד

חברי הוועד המנהל

אלוף (מיל') אורנה ברביבאי
מר חן ליכטנשטיין
גב' מול מועלם
מר סלי מרידור
מר אבינועם נאור
עו"ד אבי פישר
מר אביעד פרידמן
ד"ר מיכל צור
מר יוסי קוצ'יק
מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבלה, קנדה
מר אליוט אברמס, ארה"ב
ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב
גב' אן אפלכאוס, ארה"ב
פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה
השופטת דורית ביניש, ישראל
השופט סטיבן ברייד, ארה"ב
ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב
ד"ר ג'וזף ג'וזפה, גרמניה
השופטת דליה דורנר, ישראל
פרופ' רונילד דניאלס, ארה"ב
השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב
פרופ' משה הלברטל, ישראל
פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב
פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב
פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה
השופט אברהם סופר, ארה"ב
מר ברט סטפנס, ארה"ב
פרופ' ארווין קוטלר, קנדה
פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב
פרופ' גבריאלה שלו, ישראל
השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיס, פרס, אסטרטגיה
פרופ' יודייה צ' שטרן, מחקר
פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמית אילון
פרופ' חנוך דגן
פרופ' תמר הרמן
פרופ' מוסטפא בבהא
פרופ' עמית כהן
פרופ' יותם מרגלית
פרופ' יובל פלדמן
פרופ' מרדכי קרמיניצר
פרופ' גדעון רהט
ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר
פרופ' איתן שיינסקי

מייסד ונשיא לשעבר
ד"ר אריק כרמון

הנדון: הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג)

"עליונות המשפט תתבטא בכך, שלחבר שופטים בלתי תלויים תוענק לא רק הסמכות לקבוע, במקרה של תלונה, או חוקיותה או צדקתה של פקודה או תקנה אדמיניסטרטיבית מטעם מוסדות השלטון המבצע, אלא גם הסמכות לחרוץ משפט, במקרה של קובלנה, האם החוקים, המתקבלים על-ידי בית הנבחרים (המתקבלים, כפי שראינו, בהשפעה ניכרת או מכרעת של הממשלה) מתאימים לחוק היסוד או סותרים את זכויות האזרח שנקבעו בו [...]"

על כן חייב העם, אם הוא בוחר בחרות, לקבוע את זכויותיו גם מול בית הנבחרים, לבל יוכל הרוב שבו, המשרת את השלטון יותר מאשר הוא מפקח עליו, לשלול את הזכויות הללו. את זאת אפשר להשיג רק בדרך של "עליונות המשפט", כלומר קביעת החרויות האזרחיות כ"חוק היסוד" או "חוק עליון" ומתן סמכות לחבר שופטים לבטל את תקפו של חוק, הנוגד את חוק היסוד, הסותר את החרויות האזרחיות".

(מנחם בגין, השקפת חיים והשקפתנו הלאומית: קווי יסוד, עמ' 21).

ביום ראשון, 6.5.18, תעלה לדיון ההצעה שבנדון. אנו מתנגדים להצעה זו. ההצעה תעניק לכנסת כח להתגבר על הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הצעה זו עלולה להיות מכת מוות למשפט החוקתי ולמעמד, הרעוע ממילא, של זכויות האדם בישראל. להצעה אין אח ורע באף חוקה בעולם הדמוקרטי, למעט המודל הקיים בקנדה – שגם הוא שונה מהמודל המוצע. ההצעה תפגע במעמדה של ישראל, המתהדרת בהיותה דמוקרטיה המעניקה הגנה על זכויות חוקתיות.

מהות ההצעה



המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. ההצעה תאפשר, ברוב של 61 חברי כנסת, לחוקק "חוק חורג" שיהא תקף על אף האמור בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. דהיינו, ניתן יהיה לחוקק מראש חוק שתקף על אף האמור בחוק היסוד, או לחוקק מחדש בדיעבד, לאחר פסיקה של בג"צ כי חוק מסוים אינו תקף משום שהוא סותר את חוק היסוד. החוק יהיה תקף ל-4 שנים.

2. בהקשר זה יש להדגיש כי כמעט כל זכויות האדם החוקתיות המוכרות בישראל מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין במפורש כגון הזכות לחירות, לכבוד, לקניין, חופש התנועה ועוד – ובין באמצעות פרשנות הפסיקה, שהכירה בהיבטים של הזכויות לשוויון, לחופש ביטוי, להליך הוגן ועוד – כנכללות ב"כבוד האדם". מכאן שיש להבהיר – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא "מגילת הזכויות" הבלתי שלמה של מדינת ישראל. מתן סמכות לכנסת להתגבר עליו כמוה כסמכות להתגבר על מגילת הזכויות של ישראל.

השוואה להצעות קודמות

3. יש לציין כי בעבר הוצעו הצעות להכליל "פסקת התגברות" כוללת במדינת ישראל. הצעה זו נכללה בהצעת חוק יסוד: החקיקה שהוצעה בעבר על ידי שרי המשפטים יעקב נאמן ודניאל פרידמן. בתקופת השר פרידמן הוזכר רוב מיוחס של 70 חברי כנסת בתזכיר הצעת חוק יסוד: החקיקה, ובתזכיר מאוחר יותר, רוב של 65 חברי כנסת, בתקופת השר נאמן. לאחרונה פורסם גם תזכיר ביוזמתה של השרה שקד ובה רוב של 61 חברי כנסת. כמו כן, ישנן הצעות לחוקה לישראל, הכוללות את פסקת ההתגברות (למשל הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית).

4. ההבדל העיקרי מול הצעות אלה (שגם אליהן אנו מתנגדים נחרצות), הוא שבעוד שבהצעה לכלול את פסקת ההתגברות בחוקה שלמה ישנה מחויבות למגילת זכויות שלמה, ובעוד שבחוק יסוד: החקיקה ישנה הכרה רשמית בסמכותו של בית המשפט העליון לבטל חקיקה של הכנסת, בהצעה הנוכחית אין דבר מאלה. יש בה אך ורק כרסום ופגיעה בסמכותו הקיימת של בית המשפט העליון.

מבט השוואתי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

5. באף חוקה בעולם, למעט בקנדה, לא קיים מודל דומה של התגברות. בקנדה, לקראת הכללת הצ'רטר של זכויות אדם, הושגה פשרה בין הממשל הפדרלי והפרובינציות, לפיה תוכלל פסקת התגברות. עד היום מודל זה עומד לביקורת קשה, וגם הנסיון בהפעלתו מדגים את השרירותיות המוחלטת שהוא נותן למחוקק: בקוויבק, מייד לאחר החלת הצ'רטר, נחקק חוק שמבטל את כל חוקיה הקיימים של קוויבק ומחוקק אותם מחדש ככוללים את פסקת ההתגברות. זוהי הדגמה לכח הבלתי מוגבל שפסקה זו נותנת לרוב, להתגבר על זכויות חוקתיות של הפרט והמיעוט, ולמעשה כמעט לאינן. נציין כי החוק המתגבר לא הוארך לאחר סיום תוקפו ובשנים שלאחר מכן מיעטו המחוקקים של הפרובינציות להשתמש בפסקת ההתגברות. הפרלמנט הפדרלי הקנדי לא השתמש בה מעולם.

חוק יסוד: חופש העיסוק

6. המקום היחיד למעט קנדה, בו קיימת דוגמה של פסקת התגברות, היא ישראל – אך לא באופן כוללני, אלא בחוק יסוד: חופש העיסוק. מעט לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק אישרה הכנסת את הכללת פסקת ההתגברות, לשם חקיקתו מחדש של החוק לאיסור ייבוא בשר חזיר, שברור היה כי ייפסל בבג"צ.

7. אין להשוות בין הפגיעה בשיח החוקתי ובזכויות האדם שבחוק יסוד: חופש העיסוק ובין הפגיעה הפוטנציאלית מההצעה הנוכחית. בעוד שבחוק יסוד: חופש העיסוק מדובר בזכות ספציפית ומוגדרת, כאמור לעיל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא מגילת זכויות האדם (למעט חופש העיסוק) של מדינת ישראל. כלולות בו (במפורש, או באמצעות פרשנות) הזכויות החשובות ביותר במעלה, שהן נשמת אפה של הדמוקרטיה: הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לחירות, לכבוד האדם.

מהות הפגיעה בזכויות החוקתיות בישראל

8. המגן העיקרי על זכויות האדם בישראל הוא בית המשפט, באמצעות חוקי היסוד ובמרכזם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מתן כוח לכנסת להתגבר על חוק היסוד, כמוה כהסרת המחסומים וכהתרת כל רסן. אף על פי



המכון הישראלי לדמוקרטיה

שמדובר בהחלטה שתתקבל ברוב, ואף ברוב מיוחס, מהותה של הדמוקרטיה אינה אך שלטון הרוב. **כל מהותה של החוקה הוא לשם הצורך לשים גדרות לכוחו של הרוב ולהגנה על הפרט.** חוקה שניתן בהינף חקיקה של הכנסת להתגבר עליה, לא ראויה לשם חוקה – ולא בכדי כמעט ואין אח ורע בעולם כולו למודל זה. האם ניתן לדמיין כי רוב של 61 ח"כים יכול לחוקק חוק הקובע, למשל, כי מותר למדינה לבצע עיקור בכפייה לנשים הסובלות ממחלות נפש, וזאת על אף הפגיעה הקשה בכבוד האדם שלהן? וזאת, גם אם החוק יתקבל ברוב של 61, 70 או 80 חברי כנסת? האם יש בכך כדי לשנות? בדמוקרטיה, זהו מעשה שלא ייעשה – משום שהוא נוגד את החוקה – ולכן לא ניתן להתגבר עליה, יהא הרוב אשר יהא. יפים דבריו של ז'בוטינסקי לעניין זה:

"ואולם, יש להתנות תנאי אחד חשוב מאד. מסיבות בלתי מובנות מזדהית הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. זה מובן מנקודת השקפה היסטורית – הדמוקרטיה נוצרו תחת דגל המלחמה נגד צורות שונות של שלטון המיעוט. זו היתה תנופתה ההפוכה של המטוטלת. ואולם בעצם אינה נכונה הזדהות עיוורת של הדמוקרטיה עם שלטון הרוב. ערך הדמוקרטיה אינו תלוי בהרגשת שעבודם של 49 מלכים שווי-זכויות למאה, או אפילו 10 או אחד למאה."

"מבוא לתורת המשק (ב)", כתבים: אָמה וחברה, ירושלים: ערי ז'בוטינסקי, תשי"ט, עמ' 219.

9. עצם האיום ב"שוט" של פסקת ההתגברות, עלול לפגוע קשות באפשרות של שומרי הסף בישראל לבלום חקיקה פוגענית. אם כיום היועץ המשפטי לממשלה או לכנסת יכולים להתריע כי חוק מסויים אינו חוקתי או סובל מקשיים חוקתיים, מרגע שההצעה תכנס לתוקף, היוזמים של כל חוק יוכלו לטעון כי אם החוק ייפסל בבג"צ, יחוקקו אותו שוב באמצעות פסקת התגברות (או לעשות זאת מראש). ההגנה, המעוררת ושבירה גם כן, על זכויות האדם בישראל, עלולה לספוג מכה קשה עד קטלנית, ככל שזה יהיה המצב.

10. לא ניתן ברצינות לטעון כי כאשר ה"מלה האחרונה" נמצאת בידי הכנסת, אין בכך כדי לפגוע בסמכות בית המשפט לבטל חקיקה, אלא שמדובר ב"דיאלוג" בין הרשויות. בסופו של דבר, כאשר המלה האחרונה בידי הכנסת, מעבר לכך שפורמלית הרשות המחוקקת הופכת לכל-יכולה, יש בכך



אמירה ערכית ומוסרית – לא זכויות הפרט הן עליונות, אלא רצון המחוקק הוא העליון. השלטון הוא בלתי-מוגבל, והאזרח הוא נתין נרצע.

11. מובן שהכנסת, בתור הרשות המכוננת, יכולה לתקן את החוקה, ואף לבטל את חוקי היסוד כליל (בכפוף לדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאיננו חוקתי, שקיימת במדינות רבות בעולם, ובישראל הועלתה בהקשר של פסק הדין שעסק בתקציב הדו-שנתי). אלא, שעובדה היא שהיא לא עשתה זאת, ולא בכדי – ביטול כזה מקפל מחיר מוסרי – כלפי פנים וכלפי העולם כולו – והודאה, למעשה, בכך שאין היא מכבדת את זכויות הפרט. לעומת זאת, מתן אפשרות להשתמש בפסקת התגברות היא מתן אפשרות למחוקק "ללכת בלי ולהרגיש עם". לדבר גבוהה גבוהה על זכויות חוקתיות, אך להתגבר עליהן, כאשר מגיעה שעת המבחן בו נפסק כי חוק הוא לא חוקתי. זאת ועוד, תיקון של חוק יסוד אמור לעמוד במבחן של הכללה נורמטיבית ושל הנמקה עקרונית. יש לו השלכות עומק ורוחב. זו דרך המלך הרצינית והמכובדת שבה יש ללכת – לא כעניין שבשגרה אלא כאשר יש לכך הצדקה מיוחדת. ברור גם כי מבחינת הדין הראוי, תיקון כזה חייב להיעשות ברוב מיוחד ובהליך מיוחד שיבטאו נכונה את משמעותו. חקיקת התגברות, לעומת כול זה, אינה אלא מהלך כוחני, חריצת לשון כלפי בית המשפט.

ההקשר הישראלי – התעמרות הרוב במיעוט

12. בניגוד למצב בקנדה או ברוב המדינות הדמוקרטיות, בישראל קיים מצב מיוחד בו מיעוט גדול של כ-20% נתפס בחלק מהציבור כמזוהה עם אויבי המדינה. כתוצאה מכך, בישראל יש מועדות גבוהה לחקיקה המתעמרת במיעוט – מועדות שגם באה לידי ביטוי בפועל, בגל החקיקה האנטי דמוקרטית ששוטף את הכנסת בעשור האחרון. מתן אפשרות במדינת ישראל לרוב להתגבר על החוקה, ולחוקק ב-61 חברי כנסת, למשל, חוק המונע מערבים לקיים אסיפות (תוך הכללת פסקת ההתגברות), מבלי שלבית המשפט תהיה אפשרות לומר דבר בעניין, הוא מצב הזוי, שיערער מאד את הגדרת ישראל כדמוקרטיה. עובדה היא שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מזכיר את הזכות לחופש ביטוי, הזכות לחופש דת ומדת והזכות לשוויון. לעובדה זו, אין אח ורע בעולם הדמוקרטי, והיא מעידה על חולשת המחויבות לזכויות האדם מצידו של המחוקק, גם בכובעו המכונן.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

ביטוי נוסף לחולשה זו מצוי בהצעת חוק הלאום הנמצאת על שולחנה של הכנסת. מכאן החיוניות המיוחדת של התפקיד שממלא בית המשפט בביקורת שיפוטית על חקיקה. בהעדר בית נוסף, ובשים לב לשליטתה של הממשלה באמצעות הרוב הקואליציוני שלה בכנסת, הביקורת השיפוטית היא העוגן המרכזי, ולמעשה היחיד, בישראל, של ביזור סמכויות, שתכליתו למנוע ריכוז סמכות בלתי מוגבל בידי רשות שלטונית אחת. ריכוז כזה, משמעותו עריצות שלטונית המסכנת את החירות.

הקשר להצעות נוספות המבקשות לפגוע בבית המשפט

13. יש לציין שהצעה זו אינה נמצאת בחלל ריק. ההצעה באה כחלק מרצף של הצעות לפגוע בסמכותו ובאופיו העצמאי של בית המשפט העליון. חלק מההצעות מבקשות להפוך את המינויים לבית המשפט למינויים פוליטיים (למשל על ידי חובת אישור המינוי בועדת חוקה או שינוי הרכב הועדה למינוי שופטים), וחלק מבקשות לפגוע בסמכויות בית המשפט לבקר את חקיקת הכנסת. הצעות אלה, במצטבר וכל אחת לחוד, יפגעו קשות בדמוקרטיה הישראלית ובהגנה על זכויות האדם בישראל.

נזק למעמדה של ישראל בעולם

14. ישראל מתהדרת, ובצדק, כאשר היא מותקפת ומכונה בכינויי שווא כ"מדינת אפרטהייד" וכדומה, בכך שיש בה הגנה חוקתית על זכויות אדם, ובית משפט עצמאי וחזק. המיתוג של ישראל כדמוקרטיה היחידה במזרח התיכון, כמדינה בה ישנן זכויות חוקתיות במובן המלא, חשוב מאין כמותו למעמדה בעולם. רווחת כיום בעולם תפישה לפיה מה שמכריע לעניין טיבו הדמוקרטי של משטר אינו העיקרון של בחירת הנציגים על ידי ציבור האזרחים והאזרחיות אלא מחויבותו להגנה על זכויות אדם. במדינות דמוקרטיות רבות אין מסתפקים בביקורת שיפוטית פנימית על חקיקה אלא מעמידים את החקיקה במבחן בעל אופי בינלאומי של התאמה לאמנה העוסקת בזכויות האדם (האמנה האירופאית), כאשר הפוסק בשאלת ההתאמה הוא בית דין בינלאומי, שבה למדינה הנבחנת יש נציג אחד בלבד.



המכון הישראלי לדמוקרטיה

אם תתקבל הצעת החוק, תתרחק ישראל מרחק עצום מהמתכונת שנתקבעה בעקבות מלחמת העולם השנייה והשוואה. היא תכניס עצמה למעמד המפוקפק של מדינה שאין בה למעשה ביקורת שיפוטית של ממש על חקיקה, והמילה האחרונה נתונה בידיו של הרוב הקואליציוני. לא נוכל עוד לומר לעולם, וגם לא לעצמנו, שיש אצלנו מחויבות אמתית להגנה על זכויות האדם.

הצעת חוק זו מקפלת בתוכה מהפכת-נגד לתהליך שעברה ישראל בעשורים האחרונים, בו הוענקו זכויות חוקתיות לאזרחי ישראל, וסמכות לבית המשפט העליון לבקר את חקיקת הכנסת. אוי לה לממשלה שתיתן יד לגדיעת מפעל זה. להצעה זו יש להתנגד בחריפות.

בברכה ובכבוד רב,

עו"ד עמיר פוקס

פרופ' מרדכי קרמניצר

המכון הישראלי לדמוקרטיה